

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**FACULDADE DE DIREITO**

**CAMILA PARIS CURCE**

**GUARDA – SUA COMPREENSÃO HISTÓRICA E AS MUDANÇAS A  
PARTIR DA LEI 13058/2014**

**CURITIBA**

**2016**

CAMILA PARIS CURCE

**GUARDA – SUA COMPREENSÃO HISTÓRICA E AS MUDANÇAS A  
PARTIR DA LEI 13058/2014**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

CURITIBA

2016

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus familiares pela compreensão que sempre esteve presente durante a formulação deste trabalho, que me dirigiram palavras de conforto quando parecia algo difícil de ser enfrentado.

Também aos meus amigos da faculdade os quais estiveram dispostos a contribuir.

Ainda, faço um agradecimento aos seres de luz que me orientam na minha caminhada.

Por fim, meu agradecimento ao Prof. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk que me orientou com seu enorme conhecimento e às professoras Ana Carla Harmatiuk Matos e Lígia Ziggioni de Oliveira que gentilmente participaram da banca de avaliação e realizaram pertinentes observações.

## **RESUMO**

O presente trabalho possui como objetivo analisar o instituto da guarda utilizado como instrumento para garantir a biparentalidade mesmo quando não está presente a conjugalidade. Para tanto, será perpassado pela compreensão da parentalidade, conjugalidade e da guarda. Ainda, a fim de captar a intenção do legislador a partir da Lei 13058/2014, será analisada a guarda em seu âmbito histórico no país. De maneira a trazer contribuições ao tema, serão estudadas expressões legislativas bem como julgados de outros países. Por fim, será examinada a controvérsia existente no Tribunal responsável pela interpretação das leis federais no que tange à obrigatoriedade de aplicação da guarda compartilhada. Atualmente, a resposta apresentada pelo legislador para alcançar a biparentalidade efetiva é a guarda em sua modalidade compartilhada, contudo, somente sua previsão formal não alcança seu objetivo.

Palavras-chave: Guarda; Parentalidade; Conjugalidade; Guarda compartilhada; Lei 13.058/2014.

## **ABSTRACT**

The present paper aims to analyze the institute of guard used as an instrument to ensure the co-parenting even when the conjugality is not present. For this purpose, this work studies the comprehension of parenting, conjugality and guard. Moreover, in order to grasp the intention of the legislator stemmed from Law 13058/2014, the guard in its historical context in the country will be evaluated. In such a way of bringing contributions to the subject, legislative expressions as well as judgments from other countries will be studied. At last, the existing controversy on the Court responsible for the interpretation of federal laws will be assessed, in what regards the obligation of shared guard application. Currently, the presented response by the legislator to accomplish the effective co-parenting is the guard on its shared modality. However, only its formal requirement does not achieve the objective.

Key words: Guard; Parenting; Conjugality; Shared Guard and Law 13.058/2014.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 A BIPARENTALIDADE EFETIVA FORA DA CONJUGALIDADE.....</b>	<b>9</b>
2.1 CONJUGALIDADE E PARENTALIDADE .....	10
2.2 GUARDA E PODER FAMILIAR .....	13
2.3 HISTÓRICO DA GUARDA NO BRASIL.....	19
<b>3. ANÁLISE CRÍTICA DA GUARDA COMPARTILHADA .....</b>	<b>28</b>
3.1 A GUARDA COMPARTILHADA NA INGLATERRA, NO CANADÁ, NA FRANÇA E NOS ESTADOS UNIDOS.....	29
3.2 AS MUDANÇAS A PARTIR DA LEI 13058/2014 .....	35
3.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL .....	42
<b>4. CONCLUSÃO.....</b>	<b>48</b>
<b>5. REFERÊNCIAS .....</b>	<b>51</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é a figura jurídica da guarda nos contextos em que os pais não mais mantêm vínculo de conjugalidade ou tal vínculo nunca foi estabelecido.

Trata-se da compreensão desse atributo do poder familiar em sua expressão contemporânea – o que demanda, também, apreensão de sua historicidade -, na distinção entre os papéis familiares próprios da conjugalidade e aqueles que emergem da parentalidade.

A análise acerca da diferenciação existente entre a figura do genitor e da genitora em relação à do marido e da mulher se demonstra de suma importância. A distinção de seus papéis auxilia na compreensão dos instrumentos a serem utilizados na construção da biparentalidade efetiva.<sup>1</sup>

Parece acertado expor, antes mesmo do conteúdo concernente a guarda, aquilo que diz respeito ao poder familiar. Em verdade, este se caracteriza como um poder dever que originalmente é atribuído ao genitor e à genitora. Em que pese este poder garanta prerrogativas àqueles que o detêm, as obrigações, deveras, são ainda maiores, o que justifica a denominação anteriormente mencionada. Mais do que poder, trata-se de um dever dos pais perante a criança.

A guarda, por sua vez, é um importante instituto no Direito de Família e sua relevância torna-se ainda maior quando analisada na vida prática dos indivíduos. A forma como a guarda é determinada e exercida atinge de maneira direta o desenvolvimento do ser em formação, seja quando seus pais se encontram separados ou quando nunca possuíram uma vida conjunta.

O referido instituto é carregado de prerrogativas ao guardião, as quais, na verdade, também se consubstanciam em verdadeiros deveres para com a criança e o adolescente.

---

<sup>1</sup> Destaca-se o recorte deste trabalho no sentido de analisar o modelo heterossexual de relacionamento.

Embora a guarda possa ser decorrente do poder familiar, ela não se confunde com este.

As modalidades existentes de guarda são classificadas pela doutrina em: unilateral, compartilhada, alternada e nidamento. Atualmente, contudo, as formas de guarda previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro são a unilateral e a compartilhada.

Se num momento anterior o critério para definição da guarda era a verificação da culpa do ato gerador do fim do relacionamento conjugal, atualmente o núcleo para determinação da guarda está no melhor interesse da criança e do adolescente<sup>2</sup>

Dessa maneira, a fim de compreender a finalidade da lei 13058/2014, é indispensável a análise do contexto e das legislações pretéritas no país. A referida legislação trouxe, ao cenário do Direito de Família e da sociedade, posição de destaque à guarda compartilhada.

A guarda compartilhada adentra ao ordenamento jurídico brasileiro como resposta apresentada pelo legislador aos problemas decorrentes entre a parentalidade e a conjugalidade.

Tal modalidade de guarda traz a perspectiva do exercício do poder familiar de maneira conjunta, o que chamamos de biparentalidade, ainda que os genitores não mais configurem como um casal.<sup>3</sup> A criança ou o adolescente, portanto, deve permanecer com suas necessidades psíquicas e materiais atendidas por ambos os genitores nas mesmas proporções bem como desfrutar da companhia daqueles.

Dessa maneira, também serão analisadas as mudanças formais ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro concernentes à guarda, bem como sua efetividade como instrumento para garantir a biparentalidade fora da conjugalidade.

---

<sup>2</sup> ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 49.

<sup>3</sup> Outro recorte realizado é no sentido de analisar a família monoparental, em que pese se reconheça a importância e pujança da multiparentalidade.



Para atender à problematização aqui proposta, o presente trabalho se estrutura em duas partes fundamentais. A primeira delas se destina ao exame da relação entre os conceitos de parentalidade e conjugalidade, em uma perspectiva histórica, buscando, para isso, a adequada compreensão da guarda no âmbito do poder familiar. A segunda consiste na investigação da guarda compartilhada como atual instrumento apresentado pelo legislador para solucionar os problemas existentes entre a conjugalidade e parentalidade, perpassando pelo texto normativo de 2014 e julgados do Superior Tribunal de Justiça bem como pela perspectiva de outros países acerca do tema.

## **2 A BIPARENTALIDADE EFETIVA FORA DA CONJUGALIDADE**

A concepção de parentalidade que emerge da ordem Constitucional não se prende à lógica pretérita que vinculava parentesco e conjugalidade.

Com efeito, a parentalidade responsável, como dever que emerge da Constituição, impõe a busca por uma biparentalidade efetiva mesmo quando não está presente a conjugalidade, seja porque ela nunca existiu ou porque deixou de existir.

Contudo, conforme será analisado adiante, nem sempre houve preocupação com uma biparentalidade concreta. Isso porque a guarda unilateral materna como modelo de um direito natural e que em todos os casos atende o melhor interesse da criança e do adolescente permeava, e ainda permeia, o imaginário dos sujeitos.<sup>4</sup>

O empenho na referida busca encontra respaldo primordialmente no melhor interesse da criança e do adolescente e também na igualdade entre os gêneros.

Considerando estudos de profissionais de outras áreas que dialogam com o Direito de Família, a resposta legislativa apresentada em 2014 aos problemas decorrentes da ausência da biparentalidade efetiva fora da conjugalidade foi a guarda compartilhada.

---

<sup>4</sup> ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 50.

O termo biparentalidade efetiva, em síntese, reflete a participação equitativa, em todos os âmbitos, de ambos os genitores na criação de seus filhos.

O desafio, a partir da Lei 13.058 de 2014, será perpassar a biparentalidade formal e atingir a efetiva, por meio da guarda compartilhada, quando ausente a conjugalidade.

## 2.1 CONJUGALIDADE E PARENTALIDADE

Este tópico do estudo pretende trazer a análise da conjugalidade e da parentalidade, a fim de que nenhum deles seja confundido e, conseqüentemente, haja prejuízos na relação entre pais e filhos.

A parentalidade, nos ensinamentos de Orlanda Cruz, se traduz como o:

Conjunto de acções encetadas pelas figuras parentais (pais ou substitutos) junto dos seus filhos no sentido de promover o seu desenvolvimento da forma mais plena possível, utilizando para tal os recursos de que dispõe dentro da família e, fora dela, na comunidade.<sup>5</sup>

Dessa maneira, a parentalidade acarreta a configuração de direitos e deveres inerentes do poder familiar e o exercício deste de maneira a buscar a proteção e o desenvolvimento moral, corporal e educacional da criança.

Em que pese exista uma disposição em compreender que a parentalidade será desenvolvida pelos pais biológicos, cabe mencionar que pode ser construída por estes mas também por outros responsáveis que se apresentem na vida do indivíduo como sua referência.

A parentalidade, portanto, será construída e semeada por aquele que protege e busca garantir o desenvolvimento da criança, existindo vínculo biológico entre eles ou não. Determinado sujeito poderá ser genitor(a) de uma criança, mas não necessariamente exercerá as atividades da parentalidade.

O exercício da parentalidade significa “assegurar a sobrevivência e o desenvolvimento da criança”<sup>6</sup> e assim está relacionado aos direitos e deveres

<sup>5</sup> CRUZ, Orlanda. *Parentalidade*, Coimbra: Quarteto, 2005, p. 13.

<sup>6</sup> HOGHUGH, M. *Parenting: introduction*. In M. Hoghugh & N. Long (Eds), *Handbook of parenting: theory and research for practice*. London: Sage, 2004, p. 5.

que o poder familiar carrega consigo, passando pela noção de cuidado, desenvolvimento e disciplina<sup>7</sup>.

Desse modo, as atividades parentais consistem em promover boas experiências à criança, bem como buscar evitar aquelas que se mostrem negativas. Ainda, está relacionada aos alimentos, à higiene, ao sono, à educação, à saúde, etc. No exercício da parentalidade, dentro do contexto familiar, ainda se desenvolve o sentimento de pertencer e de filiação.<sup>8</sup>

A conjugalidade, por sua vez, se apresenta a partir da formação da relação entre as pessoas como um casal.<sup>9</sup> Dessa maneira, a relação existente entre o casal é aquela que diz respeito à conjugalidade.

Portanto, a figura de pai e mãe não se confunde com a de marido e mulher, sendo que cada um possui atribuições distintas.

O modelo ideal buscado pelo ordenamento jurídico orienta que a escolha do casal pela ruptura do seu vínculo, não pode significar também o encerramento da convivência entre pais e filhos.<sup>10</sup>

Ainda, em que pese a família inicialmente formada pelo vínculo conjugal dos genitores deixe de existir, a formada pela parentalidade não será desfeita a partir da ausência da conjugalidade, de modo que a manutenção da convivência dos genitores com seus filhos deverá ocorrer.<sup>11</sup>

Com o término do relacionamento será vivenciada a reconfiguração acerca da conjugalidade e não da parentalidade.<sup>12</sup> A relação parental não pode

---

<sup>7</sup> BARROSO, Ricardo G.; MACHADO, Carla. *Fundamentos da família como promotora do desenvolvimento infantil - parentalidade em foco*, 2015. Disponível em: <[http://issuu.com/fmcsv/docs/fundamentos\\_fam\\_lia/19?e=3034920/30526136](http://issuu.com/fmcsv/docs/fundamentos_fam_lia/19?e=3034920/30526136)>. Acesso em 27 de set. 2016.

<sup>8</sup> SOUSA, Júlio Emílio Pereira de - *As famílias como projectos de vida: O desenvolvimento de competências resilientes na conjugalidade e na parentalidade*. Saber(e)Educar. Porto: ESE de Paula Frassinetti. nº11, 2006, p.42.

<sup>9</sup> PIRES, Ana Sofia Rodrigues. *Estudo da conjugalidade e da parentalidade através da satisfação conjugal e da aliança parental*. 2008. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação, Universidade de Lisboa, Lisboa.

<sup>10</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 189.

<sup>11</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2ª Ed. 2012, p. 150.

<sup>12</sup> BRITO, Leila Maria Torraca. *Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Hey, 2004, p. 357.

estar associada com a conjugalidade dos genitores e, portanto, a partir do fim do relacionamento, este não pode atingir o direito de convivência dos filhos com os pais.<sup>13</sup>

Quando ocorre a separação de um casal e se opta pela guarda na sua modalidade unilateral, somente um dos genitores será detentor da guarda. Contudo, o vínculo existente a partir da parentalidade não deverá desaparecer, devendo ocorrer a manutenção de todos os direitos e deveres trazidos pelo poder familiar.

Ainda, os direitos e deveres decorrentes do poder familiar não se vinculam à guarda ou à configuração de uma entidade familiar. Ou seja, a concretização da parentalidade independe da presença da guarda ou da conjugalidade.

Os genitores, ainda que não formem ou deixem de formar uma entidade familiar, jamais terão seu poder familiar afastado por estas razões. Conforme elucida Paulo Lobo:

A separação dos cônjuges (separação de corpos, separação de fato ou divórcio) não pode significar separação de pais e filhos. Em outras palavras, separam-se os pais mas não estes em relação a seus filhos menores de 18 anos. O princípio do melhor interesse da criança trouxe-a ao centro da tutela jurídica, prevalecendo sobre os interesses dos pais em conflito<sup>14</sup>.

Contudo, existem posicionamentos doutrinários os quais alertam à diferenciação dos efeitos formalmente determinados<sup>15</sup> e os materialmente vivenciados a partir da ruptura do vínculo entre o casal.

Em que pese o ideal buscado seja a manutenção do exercício da parentalidade mesmo quando a conjugalidade não está presente, na prática, quando determinada a guarda unilateral, o genitor não guardião é desprovido substancialmente de seus direitos para com seu filho.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 110.

<sup>14</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 189.

<sup>15</sup> Código Civil, Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

<sup>16</sup> SILVA, Marcos Alves da. *Do Pátrio Poder à Autoridade Parental – Repensando Fundamentos Jurídicos da Relação entre Pais e Filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 62.

Dessa maneira, os dois institutos devem ser compreendidos de formas distintas e ocorrer a busca no sentido de que suas respectivas atribuições não impeçam o exercício do outro.

## 2.2 GUARDA E PODER FAMILIAR

Atualmente, o instituto do poder familiar está previsto no Código Civil nos artigos 1.630 a 1.638.

Originariamente, o poder familiar é atribuído àqueles que são os genitores da criança e do adolescente. Contudo, sem o efetivo exercício da parentalidade responsável, o poder familiar pode ser suspenso ou destituído.

A terminologia empregada pela legislação vigente nem sempre foi a utilizada. O poder familiar era conceituado no Código Civil de 1916 como pátrio poder<sup>17</sup>. Contudo, a expressão gerava a ideia de desigualdade entre os cônjuges, colocando a figura masculina em destaque deixando de lado a figura do filho como sujeito de direito.

Dessa maneira, a mudança do conceito no Código Civil de 2002 para poder familiar foi necessária<sup>18</sup>, não se devendo utilizar a expressão em qualquer hipótese.<sup>19</sup>

Com as mudanças ocorridas no seio familiar, o poder familiar é visto não mais sob uma perspectiva hierárquica, em que os filhos, bem como a mulher, encontram-se em posição inferior e o pai como figura pouco participativa e comunicativa que lhes impõe punição. Na verdade, esse poder traz a concepção de uma relação posicionada de forma horizontal entre os membros da família<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup>Código Civil de 1916, Art. 183, XI do - Não podem casar: XI. Os sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor, ou curador.

<sup>18</sup> ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 13.

<sup>19</sup> TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito de Família*, v. 05. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 387

<sup>20</sup> ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 17.

Conforme é possível depreender da leitura dos artigos inicialmente mencionados, o poder familiar não se trata de um poder propriamente dito, mas um poder-dever.<sup>21</sup> A afirmação se justifica na medida em que os pais possuem direitos e deveres perante seus filhos e assim devem exercitar este poder em benefício da criança e do adolescente.

O poder familiar exige dos pais mais do que educação e cuidados físicos, demandando uma cobrança do desenvolvimento das diversas faculdades que qualquer ser humano possa ter.<sup>22</sup>

A função do poder familiar está na construção de um caminho capaz de tornar o indivíduo dotado de autonomia, com discernimento para operar seus direitos e realizar suas escolhas pessoais.<sup>23</sup> Trata-se de orientar o sujeito ainda imaturo para poder exercer seu direito à liberdade.<sup>24</sup>

Ainda, pode-se afirmar que o poder dever atribuído aos pais é ônus incumbido a eles pela sociedade a fim de assegurar os direitos das crianças e adolescentes.<sup>25</sup>

O poder familiar obriga os pais no sentido da criação e educação dos filhos, conforme previsto na Constituição Federal<sup>26</sup> e no Código Civil.<sup>27</sup> Ainda, compete àqueles que detêm o poder familiar o dever de administrar os bens dos menores<sup>28</sup>, a possibilidade de conceder ou negar consentimento para casarem, de mudarem sua residência para outro município bem como para

---

<sup>21</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado – Direito de Família*. Vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 277.

<sup>22</sup> ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 14.

<sup>23</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 222.

<sup>24</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 222.

<sup>25</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo. 4ª Ed. Saraiva, 2011. p. 268.

<sup>26</sup> Constituição Federal, Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade

<sup>27</sup> Código Civil, Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação.

<sup>28</sup> Código Civil, Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

viajarem ao exterior. Também possuem o direito de nomear tutor à prole, quando do falecimento de um daqueles ou mesmo que vivo esteja impossibilitado de exercer o poder familiar; o direito de reclamar a criança ou adolescente daquele que a (o) detenha ilegalmente; a possibilidade de exigência que os filhos lhe prestem obediência e respeito, bem como serviços condizentes com sua idade e condição. Por fim, quem é detentor do poder familiar poderá ser guardião<sup>29</sup>.

Atualmente, no Brasil, quando o casal decide pelo término do relacionamento, ocorre a manutenção do poder parental e se define a modalidade da guarda a ser praticada.

A guarda jurídica se caracteriza como “o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhes a educação e decidindo todas as questões do interesse superior deles.”<sup>30</sup>

Independentemente da maneira como a guarda será definida, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deverá ser observado.

Se num momento anterior a família estava condicionada pelos ditames morais e sociais, atualmente seu espaço tem caminhado para o desenvolvimento do sentimento e do afeto.<sup>31</sup>

A relação entre pais e filhos modificou-se no transcorrer do tempo e um dos aspectos de destaque é que o poder familiar, ao contrário do pátrio poder, está pautado em função e no interesse do filho.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Código Civil, Art. 1634 - Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

<sup>30</sup> GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 270.

<sup>31</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p.161.

<sup>32</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo. 4ª Ed. Saraiva, 2011. p. 268.

Dessa maneira, presenciamos a atuação do Estado a fim de evitar uma lesão na constituição da personalidade de um indivíduo que se demonstra faticamente numa condição de vulnerabilidade.<sup>33</sup>

Uma vez verificada referida condição, ao Estado é legitimada a intervenção na medida em que visa proteger a pessoa que está em desenvolvimento e, portanto, não está apta a prover, por si mesma, suas necessidades.<sup>34</sup>

Ao mesmo tempo em que se faz necessária a ausência do Estado para o desenvolvimento da personalidade, a sua presença, de forma paradoxal, também deve constar na seara individual como um imperativo de garantia.<sup>35</sup>

A Constituição Federal em seu artigo 227<sup>36</sup> demonstra que os direitos da criança estão num patamar de prioridades dentro do ordenamento jurídico nacional.

Da leitura do referido artigo bem como dos ensinamentos dos doutrinadores Luiz Edson Fachin, Carlos Eduardo Ruzyk<sup>37</sup> e Paulo Lôbo<sup>38</sup> os interesses da criança devem ser buscados pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Ao encontro do conteúdo disposto na ordem constitucional, em 1990, pelo Decreto nº 99710, o Brasil ratificou a Convenção Internacional do Direito da Criança, prevendo a necessidade de observância do interesse da criança.<sup>39</sup>

---

<sup>33</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p.167.

<sup>34</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p.168.

<sup>35</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p.156.

<sup>36</sup> Constituição Federal, Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>37</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil comentado: direito de família, casamento: arts. 1511 a 1590*, vol. XV. São Paulo: Atlas. 2003, p.255.

<sup>38</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo. 4ª Ed. Saraiva, 2011, p. 75.

<sup>39</sup> Convenção Internacional do Direito da Criança, Decreto 99.710/1990, Artigo 3,1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança



Ainda, o artigo 1.612 do Código Civil estabeleceu que, diante de um quadro de inexistência de consenso entre os genitores acerca da guarda, esta será definida de acordo com o referido princípio<sup>40</sup>

Dessa maneira, a doutrinadora Tânia da Silva Pereira considera que:

O Brasil incorporou em definitivo o princípio do melhor interesse da criança em seu sistema jurídico e, sobretudo, tem representado um norteador importante para a modificação das legislações internas no que concerne à proteção da infância em nosso continente.<sup>41</sup>

Em momentos anteriores, quando se estava diante de um conflito existente entre os genitores, os interesses destes prevaleciam sobre os dos filhos e, ainda, estes configuravam como objeto da decisão.

Ressalta-se que o melhor interesse da criança e do adolescente não corresponde meramente a condições patrimoniais; vai além desta, devendo ser observadas situações psicológicas, de desenvolvimento, de cuidado, de afeto, etc. as quais a criança ou o adolescente estarão expostos.<sup>42</sup>

É certo que o melhor interesse demanda a análise do caso concreto, uma vez que sofre alteração no tempo e espaço.<sup>43</sup> Assim, a noção trazida pelo princípio não objetiva criar dificuldades na sua adaptação ao caso concreto, mas possibilitar que ela ocorra e efetivamente garanta o direito da criança e do adolescente<sup>44</sup>.

Neste aspecto, denota-se que não há um único fator previamente definido que caso preenchido garantirá a definição da guarda para um genitor ou outro.

Leila de Brito aponta que “o entendimento é de que o interesse da criança está em manter o relacionamento pessoal com seu pai e sua mãe,

---

<sup>40</sup> Código Civil, Art. 1.612. O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor.

<sup>41</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática*. Belo Horizonte: Del Hey, 2000, p. 216.

<sup>42</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: *Famílias*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 193.

<sup>43</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 151.

<sup>44</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil comentado: direito de família, casamento: arts. 1511 a 1590*, vol. XV. São Paulo: Atlas, 2003, p.257.

sendo reconhecido como direito essencial da criança o de ser educada por seus pais”<sup>45</sup>.

Dessa maneira, percebe-se que a guarda não deve ser condicionada unicamente pelo gênero do guardião, por sua condição econômica ou por sua aptidão para o cuidado, mas pela consideração desses e outros fatores os quais irão compor o melhor interesse da criança ou do adolescente.<sup>46</sup>

Conforme anteriormente mencionado, o fim do relacionamento não deve trazer modificações do poder parental, mas na guarda, que antes era exercida conjuntamente e passará à modalidade unilateral ou compartilhada.

Mesmo quando estabelecida a modalidade de guarda unilateral, ao genitor não guardião é assegurada a manutenção dos direitos e deveres decorrentes do poder parental.

A partir da compreensão de guarda anteriormente apresentada, o seu exercício de maneira unilateral abarca muitos dos direitos e deveres decorrentes do poder familiar<sup>47</sup>. Portanto, a guarda conjunta coincide com o verdadeiro exercício concomitante dos genitores, da autoridade parental, após o rompimento de sua união”.<sup>48</sup>

Dessa maneira, “na guarda conjunta, não é a guarda, mas os outros atributos da autoridade parental que são exercidos em comum”<sup>49</sup>

Não haveria, portanto, a necessidade de se estabelecer qualquer modalidade de guarda num sistema em que prevê a manutenção do poder familiar diante do fim ou da inexistência da conjugalidade.

Ainda, fora do campo formal do Direito, o psicológico dos genitores, talvez por uma questão cultural, parece entender que, após o rompimento da

---

<sup>45</sup> BRITO, Leila Maria Torraca de. *Descumprimento de visitação e a questão penal*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, n. 8, jan/mar 2001, p. 25.

<sup>46</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 4ª Ed. 2011, p. 193.

<sup>47</sup> SILVA, Marcos Alves da. *Do Pátrio Poder à Autoridade Parental – Repensando Fundamentos Jurídicos da Relação entre Pais e Filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 64.

<sup>48</sup> SILVA, Marcos Alves da. *Do Pátrio Poder à Autoridade Parental – Repensando Fundamentos Jurídicos da Relação entre Pais e Filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 64.

<sup>49</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 264.

conjugalidade, somente aquele que detém a guarda participa da educação do filho e o não guardião apenas visita e contribui com alimentos.<sup>50</sup>

A guarda, portanto, aparenta impulsionar o guardião a realmente participar da criação de seu filho.

Dessa maneira, importante realizar uma análise histórica de como a guarda vinha sendo aplicada no país até a última modificação legislativa advinda com a Lei 13.058 de 2014.

## 2.3 HISTÓRICO DA GUARDA NO BRASIL

A análise histórica da guarda aqui pretendida tem como base as modificações mais relevantes ocorridas no instituto a partir do século XX e parte da necessidade de se captar a finalidade das inovações trazidas na lei 13058 de 2014.

Nesse sentido, o estudo terá como ponto de partida as disposições do Código Civil de 1916, passando pela Lei 4121/1962, Lei 6515/1977, pelo Código Civil de 2002 e pela Lei 11.698/2008. As alterações trazidas com a Lei 13058/2014 serão analisadas, posteriormente, em tópico específico acerca do tema.

O instituto da guarda passou por modificações no decorrer do tempo que buscaram contemplar os interesses e as necessidade de cada momento histórico.<sup>51</sup>

A guarda foi, e ainda é, atribuída preferencialmente à mãe. Contudo, atualmente, podemos verificar uma busca pela coparentalidade entre os genitores para com seus filhos quando a entidade familiar nunca existiu ou deixou de existir.

Até a última década do século passado, enquanto não houve a introdução do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no

---

<sup>50</sup> TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina da guarda e da autoridade parental na ordem civil-constitucional*. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca8.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2016.

<sup>51</sup> QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. *Guarda Compartilhada – de acordo com a Lei 11698/08*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

país, na análise para definição da guarda prevaleciam os interesses dos pais em detrimento ao dos filhos<sup>52</sup>.

No Código Civil de 1916, quando da necessidade de definição da modalidade de guarda por meio judicial, o artigo 326 previa que: “sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.” Ou seja, o critério determinante para atribuição da guarda estava no elemento da culpa.

Ainda, o parágrafo primeiro do referido artigo estabelecia que diante da culpa de ambos os genitores, os filhos permaneceriam com a genitora, mas os meninos somente os seis anos de idade, quando seriam entregues ao genitor<sup>53</sup>. Assim, conforme o parágrafo segundo do mesmo dispositivo, os filhos maiores de seis anos, no momento da separação, permaneceriam com o genitor.<sup>54</sup>

O Estatuto da Mulher Casada (Lei 4121/1962) alterou os dois parágrafos mencionados no sentido de não utilizar como critério a idade e o sexo dos filhos para definição da guarda quando ambos os genitores eram culpados, estabelecendo, neste caso, a guarda de todos à genitora. Ainda, trouxe o conteúdo de que a guarda poderia ser atribuída à pessoa idônea, da família de algum dos cônjuges, quando verificado pelo magistrado a ausência de possibilidade de qualquer um dos genitores exercer a guarda dos filhos, permanecendo estes, no entanto, com o direito de visita<sup>55</sup>.

Cabem, nesse sentido, breves considerações sobre a perspectiva da guarda unilateral materna. Na sociedade ocidental, estudos apontavam para

---

<sup>52</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 192.

<sup>53</sup> Código Civil de 1916, Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. § 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos.

<sup>54</sup> Código Civil de 1916, Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. § 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.

<sup>55</sup> Código Civil 1916, Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. § 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles. § 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita.

existência de um extinto materno, como algo relacionado à biologia e ao determinismo, o que, certamente, trouxe estereótipos à figura feminina.<sup>56</sup>

No Código Civil de 1916, o legislador reforçou a divisão de tarefas baseada no gênero dos indivíduos ao prever, no artigo 233, V, que cabia ao homem o sustento da família.

No momento do término do relacionamento, na grande maioria dos casos, a mãe permanecia responsável pelos cuidados com os filhos e o pai no papel secundário de suprir as necessidades materiais daqueles e realizar as visitas.<sup>57</sup>

Havia uma percepção de que, considerado o instinto materno, eram as mulheres quem deveriam exercer a atividade de cuidado com os filhos, enquanto os homens não tinham contato com as tarefas domésticas.<sup>58</sup> Dessa maneira, no findar do relacionamento, a configuração das atividades exercidas por cada um dos genitores não se alterava.

A partir de estudos realizados pelas autoras Beatriz Di Giorgi, Beatriz Pimentel e Flávia Piovesan em 1993, as quais analisaram diversos julgados entre os anos de 1970 e 1990, demonstrou-se que a jurisprudência refletia a perspectiva de que havia um direito natural das mulheres em exercer a guarda dos filhos.<sup>59</sup>

A Lei do divórcio de 1977 revogou por completo o artigo 326 do Código Civil de 1916, mas não modificou a ideia de culpa já existente anteriormente. Na verdade, ela pouco acresce ao instituto da guarda neste momento.<sup>6061</sup>

<sup>56</sup> BRITO, Leila Maria Torraca. *Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Hey, 2004, p. 359.

<sup>57</sup> BRITO, Leila Maria Torraca. *Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Hey, 2004, p. 357.

<sup>58</sup> BRITO, Leila Maria Torraca. *Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Hey, 2004, p. 359.

<sup>59</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de. *Guarda compartilhada e condição feminina: limites e possibilidades para a democratização dos papéis econômico e afetivo*. v. 19, n. 3, Fortaleza: Pensar, 2014, p. 757.

<sup>60</sup> Lei 6515/1977, Art. 10 - Na separação judicial fundada no "caput" do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa. § 1º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa adv prejuízo de ordem moral para eles.

Acredita-se que a inserção da mulher no mercado de trabalho somado a modificação dos papéis dos atores no seio familiar, trouxe o redimensionamento e a valorização da paternidade.

Ainda, com o advento do princípio da igualdade de gênero, trazido pela Constituição de 1988, é reforçado o questionamento da guarda unilateral materna<sup>62</sup>

Dessa maneira, o Código Civil de 2002 trouxe verdadeira modificação de paradigma na medida em que seu artigo 1584, *caput*, possuía o seguinte conteúdo: “decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.”

Nota-se que o critério de culpa existente no Código Civil de 1916 e perpetuado por diversas leis durante o século passado é afastado neste momento e prevalece o melhor interesse da criança ou do adolescente, uma vez que permanecerá com aquele genitor que detém melhores condições.

Com o advento da Lei 11.698/2008, alterou-se a redação do Código Civil de 2002 para passar-se a definir aquilo que se compreendia por melhores condições em seu antigo artigo 1583, § 2º, I ao III<sup>63</sup>.

No entanto, em que pese a referida legislação tenha listado as melhores condições, ainda havia espaços para interpretações tendenciosas à guarda unilateral materna.

Essa mesma Lei de 2008 ainda introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, de maneira expressa, a previsão da guarda compartilhada como prioritária, alterando o conteúdo dos artigos 1583 e 1584 do Código Civil de 2002.

---

<sup>61</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de. *Guarda compartilhada e condição feminina: limites e possibilidades para a democratização dos papéis econômico e afetivo*. v. 19, n. 3, Fortaleza: Pensar, 2014, p. 755.

<sup>62</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.263.

<sup>63</sup> Código Civil, artigo 1583, § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II - saúde e segurança; III - educação.

Dessa forma, o texto legislativo agrega ao ordenamento jurídico a modalidade da guarda compartilhada de maneira expressa. Contudo, é cediço que a guarda compartilhada já era aplicada em nosso país ainda que sem previsão evidenciada.

A possibilidade de aplicação da guarda compartilhada antes mesmo dela ser uma modalidade expressa no ordenamento jurídico brasileiro decorreu da combinação de diversos conteúdos presentes neste.

A Constituição Federal, em seu artigo 229, atribui a ambos os genitores o dever de assistir, criar e educar os filhos menores<sup>64</sup>. Ainda, o Código Civil, no conteúdo de variados artigos, indica que suas normas vão ao encontro da modalidade de guarda compartilhada, com destaque aos artigos 1579, 1632 e 1690<sup>6566</sup>.

No mesmo sentido dos artigos apresentados, o princípio do melhor interesse da criança, observado pelo país desde a década de 90, acentua a coerência de todo ordenamento em autorizar a aplicação da guarda compartilhada antes mesmo de sua previsão expressa. E mais recentemente, em 2006, na IV Jornada de Direito Civil, o enunciado 335 foi aprovado, prevendo que: “a guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação da equipe multidisciplinar”.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> Constituição Federal, Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

<sup>65</sup> Código Civil, Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados

Parágrafo único. Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária.

<sup>66</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A guarda compartilhada e a Lei 11.698/2008*, Revista Iob de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, jan./fev. 2009. p. 95-117.

<sup>67</sup> ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 63.

Com a nova redação, o artigo 1583, *caput*, do Código Civil passou a determinar que a guarda seria unilateral ou compartilhada e em seu parágrafo primeiro trouxe a definição, conforme já mencionado, da guarda unilateral e da guarda compartilhada. Cabe ressaltar que este conteúdo permanece o mesmo até o presente momento.<sup>68</sup>

Também houve alteração do artigo 1584, *caput*, incisos I e II, no sentido de que a guarda compartilhada ou unilateral poderá ser requerida pelos genitores, de maneira consensual, em ações judiciais ou decretada pelo magistrado em observação aos interesses da criança ou do adolescente<sup>69</sup>.

O parágrafo segundo do mencionado artigo determinava a modalidade de guarda compartilhada como aquela que preferencialmente deveria ser aplicada num quadro em que os genitores não chegassem a um consenso, disposição mais tarde alterada pela lei 13058/2014, como será visto a seguir.

Dessa maneira, deve-se atentar que a tendência na predileção pela guarda materna não é fator que garanta o melhor interesse da criança. Se no passado a mulher estava condicionada às atividades predominantemente do setor privado, a partir das mudanças socioeconômicas do século XX, com a sua progressiva incorporação no mercado de trabalho, ocorre a redução dessa caracterização à figura feminina.

Não obstante, a preferência pela mãe como guardiã ainda marca presença no inconsciente coletivo e gera a transmissão ao conteúdo das decisões judiciais, o que acaba por violar o princípio da igualdade previsto no § 5º do art. 226 da Constituição.<sup>70</sup> Nesse sentido, ao encontro dos

---

<sup>68</sup> Código Civil, Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

<sup>69</sup> Código Civil, Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

<sup>70</sup> LÔBO, Paulo. *Guarda e Convivência dos Filhos Após a Lei nº 11.698/2008*. p. 5 – disponível em <<http://www.saiddias.com.br/imagens/artigos/15.pdf>>. Acesso em 19 de out. 2016.



ensinamentos de Paulo Lôbo sobre a igualdade entre os sujeitos, Eduardo de Oliveira Leite leciona:

Hoje é unânime o entendimento de que o pátrio poder é muito mais pátrio dever, mas não só 'pátrio', na ótica do constituinte de 1988, mas sim 'parental', isto é, dos pais, do marido e da mulher, iguais em direitos e deveres, pelo art. 226, par. 5º, da nova Constituição<sup>71</sup>.

Apesar do constante questionamento acerca do nível de igualdade material entre homens e mulheres no ambiente público - o que garante, ainda que de maneira vagarosa, sua melhoria -, o alerta acerca das condições da mulher no ambiente privado permanece:

Vale dizer, ainda que se constate, crescentemente, a democratização do espaço público, com a participação ativa das mulheres nas mais diversas renas sociais, resta o desafio de democratização do espaço privado – cabendo ponderar que tal democratização é fundamental para a própria democratização do espaço público<sup>72</sup>.

Assim, embora com o decorrer do tempo tenham ocorrido consideráveis modificações nesta perspectiva delegada à mulher, o genitor ainda permanece como a figura dispensável na criação dos filhos.<sup>73</sup>

Os dados do IBGE de 2014 apontam que a guarda unilateral materna representa 85,1% dos casos no país. Ainda, os dados do mesmo ano demonstram o crescimento da modalidade da guarda compartilhada, ainda muito tímido, passando de 6,8% em 2013 para 7,58% em 2014.

Pertinente a crítica traçada por Silvana Carbonera sobre a motivação da predominância da guarda unilateral materna:

Se, na maioria dos casos de ruptura de união conjugal, o melhor guardião é necessariamente a mãe, ou se, em tais casos, somente há uma repetição, reforçada, de um dos aspectos do papel feminino no contexto da família patriarcal, qual seja, a prioridade nos cuidados dos filhos.<sup>74</sup>

<sup>71</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

<sup>72</sup> PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. *Direitos humanos das mulheres: família e violência*. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.69.

<sup>73</sup> ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 1ª Ed, 2015. p. 50.

<sup>74</sup> CARBONERA, Silvana Maria. *Aspectos históricos e socioantropológicos da família brasileira: passagem da família tradicional para a família instrumental esolidarista*. In: MENEZES,

Em estudo realizado pela doutrinadora Leila Brito junto ao Instituto de Psicologia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 50 indivíduos atuantes na prática jurídica foram entrevistados (juízes, advogados, promotores, etc.), sobre o tratamento jurídico dado à guarda quando os pais estão separados.<sup>75</sup>

Foi constatada pela pesquisadora a percepção de que houve contrariedade da maioria dos entrevistados quanto a guarda compartilhada. Dentre aqueles contrários à aplicação da referida modalidade de guarda, existiam os que demonstravam a preferência pela guarda materna com embasamento na tradição cultural e no argumento do instinto materno, apontando como justificativas para o posicionamento o fato da “a mulher ser talhada para o sacrifício”, “ter capacidade de renúncia mais acentuada do que o homem”, “compreender melhor as crianças”, e de que “os pais não se preocupam com os filhos”.

Assim, diversos desses profissionais orientavam os genitores a não requererem a guarda dos filhos.<sup>76</sup>

No tocante à busca pelo melhor interesse da criança, enquanto alguns entrevistados apontaram que “vê o que a criança quer”, outros argumentaram no sentido de que a educação infantil deve ser orientada por “um comando único”.<sup>77</sup>

Diante das argumentações utilizadas, é possível concluir que a guarda compartilhada possui uma configuração negativa para a maioria dos entrevistados, classificando-a como “fonte de desavenças” e entendendo dever

---

Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). Direito das famílias por juristas brasileiras. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53.

<sup>75</sup> BRITO, Leila Maria Torraca. *Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Hey, 2004, p. 358.

<sup>76</sup> BRITO, Leila Maria Torraca. *Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Hey, 2004, p. 358.

<sup>77</sup> BRITO, Leila Maria Torraca. *Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Hey, 2004, p. 358.

ser instituída somente quando verificada a presença de harmonia entre os genitores.<sup>78</sup>

A bem da verdade, a realidade demonstra que, ao ser noticiada a guarda paterna, a concepção dos demais indivíduos referente à mãe, na maioria das vezes, é negativa e pejorativa. Dessa maneira, imperiosa é a desconstrução, no imaginário social, de que a figura materna sempre representa o melhor interesse da criança<sup>79</sup>, uma vez que a guarda não deve refletir o sexismo e a divisão tradicional de papéis<sup>80</sup>.

Com as modificações estruturais da sociedade, as mulheres adotaram um posicionamento em que os demais puderam perceber sua insatisfação com o posicionamento exclusivo na atividade materna.<sup>81</sup>

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou, em caso referente à homologação de sentença estrangeira, no sentido de que não há no país um princípio de ordem pública no sentido de proibir a determinação da guarda paterna. Nessa toada, a decisão estrangeira decretou o divórcio do casal e determinou a guarda ao genitor, sendo ele americano, residente nos Estados Unidos e a genitora brasileira, com domicílio no Brasil, ressalvado o direito de visita da mãe.<sup>82</sup>

O outro lado desta moeda seria a reafirmação da necessidade da figura paterna na vida da criança. A doutrina aponta que em muitos casos o afastamento do genitor após o término do relacionamento não está

---

<sup>78</sup> BRITO, Leila Maria Torraca. *Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Hey, 2004, p. 358.

<sup>79</sup> ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 1ª Ed, 2015. p. 51.

<sup>80</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de. *Guarda compartilhada e condição feminina: limites e possibilidades para a democratização dos papéis econômico e afetivo*. v. 19, n. 3, Fortaleza: Pensar, 2014, p. 763.

<sup>81</sup> BRITO, Leila Maria Torraca. *Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Hey, 2004, p. 359.

<sup>82</sup> LÔBO, Paulo. *Guarda e Convivência dos Filhos Após a Lei nº 11.698/2008*. P. 5 – disponível em <<http://www.saiddias.com.br/imagens/artigos/15.pdf>>. Acesso em 19 de out. 2016.

completamente vinculada por uma escolha deliberada, mas à sensação de remoção do seu papel parental.<sup>83</sup>

Dessa maneira, a própria sociedade deve ser vigilante e não permitir que a figura paterna seja colocada em segundo plano na criação dos filhos<sup>84</sup>.

Resta, portanto, demonstrado que o paradigma da guarda materna deve ser superado, prevalecendo a perspectiva do exercício da parentalidade conjunta.

As próximas mudanças no instituto da guarda ocorreram por meio da Lei 13058/2014, conforme serão analisadas a seguir.

### **3. ANÁLISE CRÍTICA DA GUARDA COMPARTILHADA**

Pelo panorama histórico traçado, verificou-se que a guarda compartilhada, mesmo antes de ser prevista expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, já era praticada no país.

Em 2008, sua previsão foi formalmente constituída sob o adjetivo de “preferencial” em relação às demais modalidades, e em 2014 a guarda compartilhada passou a ser prevista como a regra a ser adotada quando não há consenso entre os genitores.

Assim, a guarda compartilhada passou a ser a resposta proposta pelo legislador como solução dos conflitos existentes quando há parentalidade mas não conjugalidade.

Dessa maneira, será analisado se a referida modalidade de guarda é um instrumento eficaz na busca pela biparentalidade efetiva, considerando o conteúdo anteriormente exposto acerca da manutenção do poder familiar quando ausente a conjugalidade.

---

<sup>83</sup> BRITO, Leila Maria Torraca. *Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Hey, 2004, p. 360.

<sup>84</sup> BRITO, Leila Maria Torraca. *Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Hey, 2004, p. 360.

### 3.1 A GUARDA COMPARTILHADA NA INGLATERRA, NO CANADÁ, NA FRANÇA E NOS ESTADOS UNIDOS

Primeiramente, cabe esclarecer acerca do recorte realizado no presente trabalho para a análise da guarda. Os países selecionados apresentam em comum as primeiras iniciativas de aplicação da guarda compartilhada em seu território e ainda se demonstram como nações preocupadas com a temática ao realizarem estudos em áreas que perpassam o campo jurídico como, por exemplo, a psicologia.

A concepção de guarda compartilhada tem início na Common Law e posteriormente sua configuração é transmitida ao Civil Law.<sup>85</sup>

Ana Carolina Silveira Akel traz em seus ensinamentos o início do desenvolvimento da modalidade da guarda compartilhada:

A origem da guarda compartilhada é inglesa, ocorrida a pouco mais de 20 anos, trasladando-se para a Europa Continental, sendo desenvolvida, primeiramente, na França, para atravessar o Atlântico, atingindo o Canadá e Estados Unidos, observando-se, atualmente, sua aplicação na Argentina e Uruguai<sup>86</sup>

Na perspectiva pretérita do país inglês, o genitor configurava como proprietário de seus filhos e sendo necessária a definição da guarda, a ele era concedida. Contudo, a partir do século XIX, o poder discricionário dos Tribunais passou a atuar e criou a prerrogativa de ser concedida à genitora a guarda do filho<sup>87</sup>.

Na medida em que a posição de guardião exclusivo do filho garante maiores prerrogativas aquele, os Tribunais ingleses buscaram atenuar as

---

<sup>85</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 265.

<sup>86</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>87</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 265.

consequências geradas ao genitor não guardião. A maneira encontrada pelos Tribunais para tanto foi a aplicação da *split order* (guarda compartilhada)<sup>88</sup>.

Cabe ressaltar que a partir da aplicação da *split order* foi possível diferenciá-la da *custody*. A segunda é similar à autoridade parental na Civil Law.<sup>89</sup>

Contudo, somente a partir do julgamento do caso Clissold, por um Tribunal inglês, em 1964, que a aplicação da *split order* se mostrou definitivamente possível.<sup>90</sup>

Outros dois julgamentos, todos realizados pela *Court d'Appel* da Inglaterra, se apresentaram de forma determinante para o desenvolvimento da *split order*. Em 1972, no caso Jussa x Jussa, se afirmou a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada quando os genitores cooperam para tanto e em 1980, a corte posicionou-se de maneira veementemente contrária à guarda unilateral.<sup>91</sup>

A partir do mencionado momento jurisprudencial histórico na Inglaterra, a concepção da guarda compartilhada atinge o continente americano, iniciando pelas cidades do Canadá e depois pelo resto da América do Norte.<sup>92</sup>

O Código Civil vigente no Quebec, em seu artigo 568, prevê a manutenção dos deveres dos genitores para com seus filhos mesmo diante do divórcio.<sup>93</sup>

---

<sup>88</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 265.

<sup>89</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 264.

<sup>90</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 265.

<sup>91</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 265.

<sup>92</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 266.

<sup>93</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 266.

A Court d'Appel de Ontário já manifestou seu entendimento no sentido de que a guarda compartilhada somente deve ser aplicada quando ambos os genitores assim optam. O raciocínio da referida Corte segue a linha que a falta de cooperação de um dos genitores impossibilitará a guarda compartilhada atingir seus objetivos.<sup>94</sup>

Contudo, o doutrinador Eduardo de Oliveira Leite aponta sua falta de convencimento diante do argumento apresentado pela referida Corte para afastar a aplicação da guarda compartilhada.<sup>95</sup>

A compreensão do mencionado doutrinador é de que em diversos casos houve a demonstração que a aplicação da guarda compartilhada, mesmo num primeiro momento vista como algo indesejável pelas partes, passada a exaltação dos ânimos gerada pelo conflito judicial, é por aquelas aceita.<sup>96</sup>

Ainda, Eduardo de Oliveira Leite sustenta a existência de liberdade dos magistrados para impor aos genitores a guarda compartilhada em determinadas situações e cita como exemplo quando a modalidade é recusada por aqueles sem justo motivo.<sup>97</sup>

De outro lado, o entendimento do doutrinador Waldyr Grisard Filho caminha ao encontro da Court d'Appel de Ontário, se não, vejamos:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos.<sup>98</sup>

---

<sup>94</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 268.

<sup>95</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 268

<sup>96</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 268

<sup>97</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 268

<sup>98</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.177.

Para finalizar, estudos demonstram que no Canadá a concessão da guarda unilateral materna representa 76,6% dos casos.<sup>99</sup>

Na França, a modalidade da guarda compartilhada passa a ser adotada a partir da década de 70.<sup>100</sup>

Primeiramente, o referido instituto foi aplicado pela jurisprudência francesa de forma acanhada e, posteriormente, com o advento da *Lei Malhuret (87570/1987)*, a qual alterou o conteúdo de alguns artigos do Código Civil francês no que tange ao exercício do poder familiar, adquiriu sua aplicação preponderante.<sup>101</sup>

Cabe ressaltar que a França enxerga a modalidade da guarda compartilhada como um instrumento para a redução do controle exclusivo de um dos genitores sobre a criança quando aplicada a guarda unilateral.<sup>102</sup>

O artigo 373-2 do Código Civil francês traz em seu conteúdo, dentre outras orientações, a perspectiva de que a separação dos pais não deve afetar o desempenho da sua autoridade parental para com os filhos. Ainda, determina que ambos devem manter relações com estes e respeitar o relacionamento do filho com o outro genitor.<sup>103</sup> Da leitura do referido artigo nota-se que o legislador francês não mais utiliza o termo guarda, mas sim autoridade parental.

<sup>99</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 262.

<sup>100</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 266

<sup>101</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 266

<sup>102</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 266

<sup>103</sup> Código Civil Francês, Art. 373-2: *La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent. Tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent. En cas de désaccord, Le parent Le plus diligent saisit Le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Le juge répartit les frais de déplacement et ajuste en conséquence le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.*



Nas palavras de Tourigny:

“A guarda conjunta é, finalmente, a aplicação prática do princípio do exercício conjunto da autoridade parental no caso de fragmentação da família. Se se pretende que os dois genitores conservem a autoridade parental e participem igualmente nas grandes decisões relativas à criança, esta é, certamente, a solução a privilegiar.”<sup>104</sup>

Assim como nos demais países mencionados neste trabalho, os Estados Unidos também incorporou a guarda compartilhada em seu ordenamento jurídico.

As expressões *joint custody* ou *shared parenting*, denominam o referido instituto em oposição à *sole custody*<sup>105</sup>.

Cabe lembrar que nos Estados Unidos cada Estado possui uma autonomia muito mais abrangente quando comparada, por exemplo, com os Estados brasileiros. Dessa maneira, cada Estado norte americano possui determinadas legislações próprias e, portanto, dificulta a aplicação uniforme da guarda compartilhada em todo território nacional.

Diante do impasse exposto foi criada a *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*. Sua recepção ocorreu em diversos Estados norte americanos e seu objetivo apontava à promoção de cooperação entre os tribunais para o melhor interesse da criança e do adolescente ser observado e consequentemente existir uma uniformização na aplicação da guarda<sup>106</sup>

Contudo, o *Uniform Child Custody Jurisdiction Act* foi revisado em 1997 pelo *Uniform Child-Custody Jurisdiction and Enforcement Act*. Em que pese tenha existido uma substancial aderência ao primeiro ato pelos estados, a sua

<sup>104</sup> PRATTE, Marie, *Le case Droit de la famille* – 1987. In: LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 267.

<sup>105</sup> AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*. São Paulo: Atlas, 2009, p.118.

<sup>106</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.127.

interpretação foi realizada de forma diversa por cada tribunal e, portanto, seus objetivos não foram concretamente alcançados<sup>107</sup>.

A revisão da década de 90 buscou estabelecer orientações à jurisdição quanto ao instituto da guarda. Ainda, seu conteúdo orienta a uniformização na determinação de visitas quando os genitores residem em estados distintos.<sup>108</sup>

Em busca da referida uniformização, juristas americanos realizam estudos e discussões acerca do tema. Dessa maneira, a *American Bar Association*, entidade representativa dos advogados americanos, criou o *Child Custody Committee*, no intuito desta desenvolver estudos acerca da guarda.<sup>109</sup>

Simone Fontes aponta que atualmente a modalidade de guarda preponderantemente adotada pelos estados do país norte americano é a compartilhada e que diversos operadores do direito dos Estados Unidos pesquisam e debatem acerca do tema na busca de sua uniformização no momento da aplicação<sup>110</sup>

Diante da análise das expressões legislativas de direito comparado, a conclusão é no sentido de estar presente nos países da Europa e da América do Norte, que também observam o melhor interesse da criança e do adolescente, a tendência de aplicação da guarda compartilhada mesmo quando apresentada oposição das partes se esta é injustificada<sup>111</sup>, ressalvada a hipótese do Canadá

---

<sup>107</sup> Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act (1997). Disponível em: <<http://www.familylaw.org/uccja.htm>>. Acesso em 07 de out. 2016.

<sup>108</sup> Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act (1997). Disponível em: <<http://www.familylaw.org/uccja.htm>>. Acesso em 07 de out. 2016.

<sup>109</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.127.

<sup>110</sup> FONTES, Simone Roberta. *Guarda compartilhada doutrina e prática*. São Paulo: Pensamentos & Letras, 2009.

<sup>111</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 268

### 3.2 AS MUDANÇAS A PARTIR DA LEI 13058/2014

O instituto da guarda no direito brasileiro, conforme visto, perpassou por alterações em seus critérios de definição e em relação às suas modalidades admitidas.

A análise do conteúdo indicado em estudos da psicologia aponta que o desenvolvimento da criança e do adolescente ocorre de uma maneira mais benéfica quando verificada a presença tanto do genitor quanto da genitora em sua educação<sup>112</sup>.

Dessa maneira, surge a necessidade de ambos os genitores continuarem a exercer as funções inerentes da parentalidade mesmo quando não mais formam um casal<sup>113</sup>.

Na medida em que esses estudos apontam essa modalidade de guarda como mais adequada ao bom desenvolvimento do ser em formação e, conseqüentemente, ao melhor interesse de criança, poder-se-ia parecer que foram envidados grandes esforços para sua efetiva implementação.

No entanto, o conteúdo trazido pela Lei 11.698 de 2008, apontando a aplicação da guarda compartilhada como preferencial, demonstrou-se insuficiente na medida em que, na prática, conforme os dados do IBGE anteriormente mencionados, continuou a ser verificada a perpetuação da guarda unilateral.

Dessa maneira, cabe analisar se a Lei 13.058/2014 realiza novamente modificações concernentes ao instituto da guarda suficientes para uma biparentalidade efetiva.

A partir da Lei 13058/2014, o parágrafo segundo do artigo 1584 do Código Civil passou a vigorar com o seguinte conteúdo:

---

<sup>112</sup> SILVA, Evandro Luiz. *Os efeitos do tipo de guarda, compartilhada ou exclusiva – legal ou de fato – na dinâmica da criança: estudos de casos*. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003, p. 59.

<sup>113</sup> ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 1ª Ed, 2015. p. 73

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor

Dessa maneira, com a promulgação da Lei 13.058/2014, o legislador previu que a guarda compartilhada deve ser aplicada toda vez que ambos os genitores estiverem aptos para exercerem o poder familiar, ressalvada a exceção de um dos genitores declarar não possuir interesse no exercício da guarda.<sup>114</sup>

A partir do momento legislativo citado, a guarda unilateral cede formalmente espaço à guarda compartilhada, passando essa a ser a regra no ordenamento jurídico.

O legislador, portanto, aponta a necessidade da biparentalidade ser regra no país e apresenta a guarda compartilhada como instrumento para tanto.

Como aponta o presidente do Instituto Brasileiro de Direito da Família, Rodrigo da Cunha Pereira, em entrevista:

“A guarda compartilhada só existe no mundo, e no Brasil em particular, por força da reivindicação de pais que negaram o lugar de meros recreadores de fim de semana. O movimento cresceu e já paira sobre a sociedade um novo pensamento, de que não é mais normal a guarda única. Mas é preciso que juízes tomem decisões neutras e sem esse preconceito que ainda traz carga de uma sociedade patriarcal”.<sup>115</sup>

Cabe neste momento, melhor elucidar as características da modalidade de guarda fixada como regra pelo legislador a partir de 2014, a fim de compreender sua eficácia como instrumento para alcançar a biparentalidade efetiva.

A guarda compartilhada se caracteriza pelo compartilhamento de responsabilidades e exercício de direitos e deveres entre os genitores que não

<sup>114</sup> Lei 13.058/2014, Art. 1584, § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

<sup>115</sup> DUARTE, Fernando. *O que faz a guarda compartilhada ainda ser um tabu no Judiciário brasileiro*, 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37632285>>. Acesso em 31 de out. 2016.

mais possuem o vínculo conjugal ou nunca possuíram.<sup>116</sup> Essa modalidade de guarda recebe referida nomenclatura uma vez que haverá o compartilhamento de responsabilidade entre os genitores.

Se na guarda unilateral somente um dos genitores irá decidir acerca das matérias cotidianas da criança ou do adolescente, a guarda compartilhada exige dos pais que permaneçam dialogando, ainda que minimamente, e exercendo a sua função parental, mesmo que não mais possuam uma relação de casal, a fim de que sejam conduzidos ao consenso daquilo que melhor atende as necessidades da criança e do adolescente.

Dessa maneira, diferentemente da guarda unilateral, ambos os genitores estarão habilitados juridicamente para decidir acerca das questões cotidianas do filho.<sup>117</sup>

A guarda compartilhada visa inibir a configuração da relação parental em que se apresenta a figura daquele que participa, convive e educa e do outro lado aquele que somente visita e presta alimentos, restando para este efetivamente uma posição secundária de criação da criança e do adolescente.<sup>118</sup>

O psicanalista Sérgio Eduardo Nick apresenta boa síntese da modalidade da guarda compartilhada ao definir que:

O termo guarda compartilhada ou guarda conjunta de menores ('joint custody', em inglês) refere-se à possibilidade dos filhos serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e freqüentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única ('sole custody', em inglês).<sup>119</sup>

<sup>116</sup> Código Civil, artigo 1583, § 1º - Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

<sup>117</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 90.

<sup>118</sup> SOLDÁ, Angela Maria; OLTRAMARI, Vitor Hugo. *Mediação familiar: tentativa de efetivação da guarda compartilhada e do princípio do melhor interesse da criança*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, Magister, v. 29, ago./set. 2012, p. 76.

<sup>119</sup> NICK, Sérgio Eduardo. *Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados*. In: BARRETO, Vicente (Coord.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 135.

Diante da manutenção da participação de ambos os genitores no convívio, sustento e educação do filho, entende-se que o melhor interesse da criança e do adolescente estaria assegurado.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, “a guarda conjunta conduz aos pais a tomarem decisões conjuntas, levando-os a dividir inquietudes e alegrias, dificuldades e soluções relativas ao destino dos filhos.”<sup>120</sup>

Dessa maneira, a partir do pressuposto que ambos os genitores deverão realizar a perpetuação do exercício do poder familiar, cabe destacar que a guarda compartilhada atende ao princípio da isonomia entre homens e mulheres.<sup>121</sup>

A Lei 13.058/2014 também determina que deverá ser escolhida uma residência de referência para a criança ou adolescente, observado o melhor interesse destes<sup>122</sup>. Ou seja, ainda que a guarda seja compartilhada, deverá ser definido um endereço para criança ou adolescente.

Diante do conteúdo até aqui exposto, a guarda compartilhada pode ser sintetizada como a modalidade de guarda que estimula a participação igualitária dos genitores no que tange a educação, convivência e responsabilização pelos filhos, estabelecendo uma residência fixa para estes.<sup>123</sup>

Em que pese a lei da guarda compartilhada preconize a divisão equilibrada entre os genitores de tempo de convívio com o filho, o mesmo texto normativo alerta que a repartição do período de vivência deve observar as condições fáticas e os interesses da criança e do adolescente.<sup>124</sup>

---

<sup>120</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 282.

<sup>121</sup> MADALENO, Rolf. *Novos horizontes no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 210.

<sup>122</sup> Código Civil, artigo 1583, § 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

<sup>123</sup> MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Guarda compartilhada: uma solução possível*. São Paulo: Revista Literária de Direito, 1996, n. 9, p. 9.

<sup>124</sup> Código Civil, artigo 1583, § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

A proposta apresentada pela guarda compartilhada é no sentido de existir uma manutenção de convivência entre o filho e seus genitores. Aquele que a criança possui residência fixa diversa da sua, poderá preservar o convívio, o zelo e a educação por meio do acompanhamento até a escola, no auxílio das lições de casa, nas refeições, a participação de reuniões da escola, nas consultas médicas etc.<sup>125</sup>

Ensina Rolf Madaleno que a guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada e a repartição do período de vivência não representa o remédio para todas as intempéries que enfrentarão os genitores em relação aos filhos.<sup>126</sup>

Dessa maneira, em que pese a guarda compartilhada vise a convivência com ambos os genitores de forma mais equilibrada, ela não pode ser vista como a modalidade que irá garantir a divisão de tempo de convivência em sua exatidão.<sup>127</sup>

Necessária a compreensão de que a guarda compartilhada não deve ser exercida exclusivamente com o fim de garantir maior contato entre o genitor e a criança, mas também para ocorrer a divisão de responsabilidades entre os genitores.

No que tange aos alimentos, nem a guarda compartilhada ou a legislação de 2014 trazem qualquer blindagem para determinação daqueles. O artigo 1694, § 1º do Código Civil, prevê como orientação ao pedido de alimentos o binômio necessidade-possibilidade e, portanto, este será o critério para fixação dos alimentos pleiteados face a um dos genitores e não a modalidade de guarda.<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> MADALENO, Rolf. *Novos horizontes no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.35.

<sup>126</sup> MADALENO, Rolf. *Guarda compartilhada*. Porto Alegre: IBDFAM/RS, Letra e Vida, 2012, p. 132.

<sup>127</sup> ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 1ª Ed, 2015. p. 76

<sup>128</sup> ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 1ª Ed, 2015. p. 104.

O grande desafio enfrentado atualmente pela sociedade, com relação aos filhos, quando não está presente a conjugalidade, é justamente a de alcançar a biparentalidade efetiva.

Conforme analisado anteriormente, o modelo clássico de guarda unilateral materna não foi capaz de concretizar a biparentalidade efetiva. Dessa maneira, a nova tentativa recai sobre a guarda compartilhada.

Contudo, além de trazer de maneira formal uma modalidade de guarda com a lógica reversa do modelo até então perpetuado, cabe ao Estado, em colaboração dos operadores do direito, buscar sua efetividade material, sob pena da realidade não espelhar o que foi determinado pela legislação.

Dessa maneira, instrumentos que orientem e ensinem os genitores na prática da biparentalidade efetiva devem ser ofertados pelo Estado<sup>129</sup> e talvez, até mesmo, com caráter obrigatório de participação.

Em 2014, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), aprovou a Recomendação 50, a qual, em seu artigo 1º, I, possui o seguinte conteúdo:

Art. 1º Recomendar aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, por meio de seus Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, que: I - adotem oficinas de parentalidade como política pública na resolução e prevenção de conflitos familiares nos termos dos vídeos e das apresentações disponibilizados no portal da Conciliação do CNJ.

De acordo com o CNJ, o objetivo do curso é “auxiliar famílias que enfrentam conflitos relacionados à ruptura do vínculo conjugal a desenvolverem uma relação saudável junto aos filhos”<sup>130</sup>.

Para alcançar sua meta, o curso aborda temas como os efeitos da separação para os genitores e para os filhos, alienação parental, as diversas formas de entidade familiar etc.

Diante das dificuldades estruturais que muitos Tribunais enfrentam, tais como a necessidade de realização das oficinas em horários alternativos e

---

<sup>129</sup> ROSA, Conrado Paulino da. *Nova Lei da Guarda Compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 1ª Ed, 2015. p. 88.

<sup>130</sup> FREIRE, Tatiane. *Oficina online de parentalidade recebeu 2.444 inscrições desde novembro*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/noticias/cnj/81249-oficina-online-de-parentalidade-recebeu-2-444-inscricoes-desde-novembro>>. Acesso em 10 nov. 2016.



profissionais capacitados para realizarem as oficinas, em novembro de 2015, com o objetivo de disseminá-las de maneira mais célere, o CNJ lançou o formato online, o qual também é ofertado de maneira gratuita e com o mesmo conteúdo das oficinas presenciais. Ainda, cabe ressaltar que não há necessidade de existir um processo judicial para ter acesso a oficina, basta o cidadão preencher o cadastro online.<sup>131</sup>

A oficina de parentalidade é claramente algo muito novo à realidade do Poder Judiciário brasileiro e está passando por aprimoramentos, seja em relação ao seu conteúdo ou a forma como é disponibilizada à população.

Contudo, este instrumento ofertado pelo Estado, na medida em que busca auxiliar os genitores, as crianças e adolescentes, no quadro de ausência da conjugalidade, já demonstra sua grande relevância na busca da biparentalidade efetiva.

Dessa maneira, deve ocorrer a manutenção da busca pelo aperfeiçoamento das oficinas de parentalidade bem como novos instrumentos serem pensados e desenvolvidos com o mesmo objetivo daquelas.

Cabe retomar, ainda, o posicionamento anteriormente mencionado acerca da guarda compartilhada representar, em verdade, o poder familiar exercido por ambos os genitores de maneira conjunta e efetiva.

De acordo com Ana Carolina Teixeira, “o real mérito da guarda compartilhada tem sido popularizar a discussão da coparticipação parental na vida dos filhos”.<sup>132</sup>

A problematização acerca da determinação da guarda compartilhada quando há a presença de desavenças entre os genitores será abordada na sessão 3.3, vez que os julgados selecionados do Superior Tribunal de Justiça versam exatamente sobre a referida questão.

---

<sup>131</sup> FREIRE, Tatiane. *Oficina online de parentalidade recebeu 2.444 inscrições desde novembro*. Acesso em 10 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/noticias/cnj/81249-oficina-online-de-parentalidade-recebeu-2-444-inscricoes-desde-novembro>>.

<sup>132</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 226.

### 3.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O presente trabalho apresentou diversos aspectos teóricos e doutrinários acerca da guarda e principalmente na sua modalidade compartilhada.

Este tópico buscará realizar a análise da maneira como está ocorrendo a interpretação e consequente aplicação da nova legislação.

Os julgados selecionados para o presente estudo compreendem 3 acórdãos emanados pelo Superior Tribunal de Justiça. Como é de conhecimento, o referido tribunal possui, dentre outras funções, a interpretação das leis federais.

Dessa maneira, a opção do recorte metodológico vai ao encontro do novo Código de Processo Civil no que tange a uniformização da jurisprudência.<sup>133</sup>

Conforme anteriormente mencionado, a questão controvertida em todos os acórdãos diz respeito à aplicação da guarda compartilhada quando ambos os genitores estão aptos ao seu exercício, os dois desejam a guarda do filho, contudo, existem desavenças entre eles.

O Recurso Especial 1.560.594/RS, de relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 23 de fevereiro de 2016, parcialmente provido por unanimidade de votos, aponta seu entendimento de que a guarda compartilhada deve ser aplicada mesmo diante da existência de desentendimentos entre os genitores.

O Min. relator inicia seu voto demonstrando seu entendimento no sentido de que a guarda compartilhada tornou-se regra no ordenamento jurídico pátrio,

---

<sup>133</sup> Código de Processo Civil, Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

não estando mais presente a ideia de que a função de criação e educação dos filhos é exclusivamente materna.

Ainda, o Min. considera que houve a alteração do paradigma quando se trata da guarda e essa modificação foi acompanhada pelo Superior Tribunal de Justiça.

No caso analisado no referido Recurso Especial, a guarda compartilhada foi justamente negada pelo Tribunal de origem sob a justificativa de existir desentendimentos entre os genitores, contudo, admitiu estar presente a convivência dos filhos com o genitor bem como a adequada assistência prestada por este.

Dessa maneira, o Min. relator demonstrou seu entendimento no sentido de que em observância ao melhor interesse da criança, deve ocorrer a manutenção do contato já existente entre o genitor e os filhos, salvo a presença de justificativa grave que oriente no sentido oposto.

O conteúdo do voto considera a naturalidade na existência de desentendimentos entre os genitores, pois se assim não fosse, o relacionamento teria perdurado. Portanto, essa não pode ser a regra para afastamento da aplicação da guarda compartilhada.

O Ministro exemplifica algumas das condutas as quais compreende como passíveis de acarretar o afastamento da determinação da guarda compartilhada, sendo elas ameaça de morte, agressão física, assédio sexual, uso de drogas etc.

Os argumentos apresentados são finalizados e corroborados pelos ensinamentos de Rolf Madaleno trazidos pelo Relator ao conteúdo de seu voto.

O segundo caso a ser analisado é o Recurso Especial 1.417.868/MG, de relatoria do Min. João Otávio de Noronha, julgado em 10 de maio de 2016, desprovido por unanimidade no sentido de afastar a aplicação da guarda quando os “desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso”.

O Min. Relator apresenta seu entendimento no sentido de existirem duas barreiras para aplicação da guarda compartilhada no caso analisado: a postura

do recorrente não se demonstrou com a intenção de assumir todos os direitos e deveres decorrentes da guarda compartilhada, mas sim, somente na regulamentação da visita e decisões acerca de viagens com a filha; ainda, a imaturidade de ambos os genitores.

Observa em seu voto que a guarda compartilhada visa o melhor interesse do filho e não dos pais. Dessa maneira, aquele deve obter na figura dos genitores o equilíbrio para seu desenvolvimento intelectual, moral e espiritual.

Em que pese a guarda compartilhada seja considerada pelo Min. Relator como a regra adotada pelo ordenamento jurídico, aponta existirem controvérsias nos Tribunais quanto a sua aplicação quando presentes as desavenças entre os genitores.

O conteúdo parcial do Recurso Especial 1.428.596/RS, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, julgado em 03 de setembro de 2014, é trazido ao voto pelo Min. João Otávio de Noronha, para demonstrar sua concordância com os argumentos apresentados naquele.

O referido julgado da Min. Nancy Andrighi apresenta o entendimento de que a guarda compartilhada vem ao encontro do melhor interesse de criança; retira da figura materna como única responsável pelos filhos no fim do relacionamento; deve ser aplicada ainda que demande dos genitores “reestruturações, concessões e adequações diversas”.

Ainda, a Min. Relatora traz seu entendimento de que o bom relacionamento entre os genitores é fator desejável para aplicação da guarda compartilhada, mas não pressuposto indispensável uma vez que não se pode colocar no centro da questão o litígio ao invés do melhor interesse da criança.

Dessa maneira, a Min. Nancy Andrighi aponta a necessidade de ocorrer a tentativa de implementação da guarda compartilhada para não tornar a legislação em letra morta.

Aponta também que o descumprimento demasiado, por um dos genitores, das cláusulas da guarda compartilhada, pode reduzir tanto suas prerrogativas até tornar-se uma guarda unilateral.

O Min. Relator retoma o conteúdo de seu voto reiterando sua concordância com o conteúdo do voto da Min. Nancy Andrighi em julgado pretérito, contudo, aponta acreditar na particularidade de cada caso e a necessidade de soluções adequadas a cada um deles.

E no caso analisado, o Tribunal de origem ressaltou a impossibilidade “de diálogo, cooperação e responsabilidade conjunta”.

Na sequência, o Min. Relator pondera sobre a ausência de conflitos para determinação da guarda compartilhada e considerada afastada tal premissa. Contudo, seu entendimento é de que a referida modalidade não pode ser aplicada tendo em vista a impossibilidade dos genitores acordarem sobre qualquer questão e, portanto, **“seria impor à criança a absorção dos conflitos que daí, com certeza, adviriam. E isso, longe de atender seus interesses, põe em risco seu desenvolvimento psicossocial.”**

O Min. Relator expõe a discordância com o conteúdo do voto da Min. Nancy Andrighi ao considerar que a modalidade de guarda compartilhada não pode ser um “experimento disciplinar” aos pais uma vez que a criança não é um objeto para tanto. Ainda, questiona acerca das consequências à criança quando as atitudes do genitor são de não observância às cláusulas da guarda compartilhada até que suas prerrogativas são reduzidas drasticamente e se estabelece a guarda unilateral.

O conteúdo de seu voto é finalizado com o entendimento de que o melhor interesse da criança deve sempre estar em primeiro lugar, sendo ele a base e o fim das decisões.

O terceiro e último julgado trazido para análise neste presente trabalho é o Recurso Especial 1.626.495/SP, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, julgado em 30 de setembro de 2016, provido por unanimidade de votos, e seguiu a mesma orientação do primeiro julgado, apontando o entendimento de que a

guarda compartilhada deve ser aplicada mesmo quando há presença de desarmonia entre os genitores.

Em seu voto, a Min. Relatora aponta um breve relato histórico acerca da mudança da perspectiva patriarcal nas relações familiares, as quais passaram a ter um maior contorno de igualdade de gênero, de observância ao melhor interesse da criança e do adolescente e conseqüentemente modificações no exercício da guarda.

Na mesma linha, a Min. faz a consideração de que estudos e o próprio cotidiano demonstram que a guarda compartilhada deve ser almejada pelos genitores, ainda que isso exija flexibilidade entre eles, pois garante ao filho um melhor desenvolvimento com o duplo referencial.

No conteúdo do voto existe uma crítica dirigida a julgamentos realizados em pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, na medida em que indeferiram a guarda compartilhada sob a argumentação de existirem significativas desavenças entre os genitores.

Ainda, é trazido ao encontro de seus argumentos a manifestação do relator do anteprojeto da Lei 13058/2014.

O parlamentar aponta que claramente a legislação introduzida pela lei 11.698/2008 não era direcionada aos casais que compreendem a diferenciação entre a conjugalidade e a parentalidade e, portanto, mesmo diante do término do relacionamento não cindem a relação com seus filhos.

Contudo, os operadores do direito adotaram a interpretação de que a expressão “sempre que possível” possuía o significado de “sempre os genitores sem relacionem bem”. Adverte o parlamentar que o relacionamento não chegaria ao fim se existisse boa relação entre os genitores e, ainda, o referido entendimento traz brecha no sistema pois um genitor com características alienadoras atingirá exatamente seu objetivo ao dizer que não existe consenso entre eles, ou seja, a não aplicação da guarda compartilhada e conseqüentemente a ineficácia da lei.

Dessa maneira, a Ministra menciona que a guarda compartilhada impulsiona o fim das desavenças, concernentes ao filho, após o termino do relacionamento.

Aponta a Ministra em seus argumentos que a situação de conflito normalmente é criada de forma artificial por aqueles que detém a guarda unilateral e, portanto, pleiteiam a manutenção do *status quo* sob a distorção do melhor interesse da criança pois, em verdade, estão sendo garantidos seus próprios interesses.

Ainda, aponta que os julgadores ao aplicarem a guarda unilateral por entenderem que a situação de conflito acarreta em estresse para criança ou adolescente, deixam de considerar que o desenvolvimento ocorrerá de maneira incompleta, seja no âmbito social ou psicológico bem como será afastado o direito de convivência com ambos os genitores.

O voto da Ministra, no sentido de vencer a barreira da falta de consenso para aplicação da guarda compartilhada, expõe o conteúdo do artigo 1584, §2º do Código Civil.

O conteúdo do voto aponta que o superior interesse da criança e do adolescente; o equilíbrio no tempo de convívio com os genitores, o parecer /orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, entre outros, serão elementos utilizados não para determinar a modalidade de guarda, que deverá ser a compartilhada, mas a maneira como ela ocorrerá no caso concreto.

Por fim, a Ministra conclui que a guarda compartilhada, quando ambos os genitores desejam exercer a guarda, somente será afastada diante da inaptidão para o seu exercício, o que deverá ser pedido e provado previamente, ou até incidentalmente, no curso da ação em que se discute a guarda compartilhada.

Diante dos três julgados aqui expostos, nota-se que o Superior Tribunal de Justiça ainda não tingiu um consenso acerca da aplicação da guarda compartilhada quando verificada a presença de desavenças entre os genitores.

Contudo, aponta a unanimidade no seu entendimento acerca da modalidade da guarda compartilhada ser atualmente regra no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda, observa-se que o tema frequentemente é questionado no referido tribunal vez que em pouco mais de sete meses 3 importantes julgados foram realizados.

Acerca da nova legislação e os efeitos por ela almejados, deve ser considerado que:

"A nova lei ainda não completou dois anos e as alterações vão levar um pouco mais de tempo para surtirem efeito. Já conseguimos corrigir uma visão estapafúrdia de que a guarda compartilhada deveria ser aplicada apenas a casos de bom relacionamento entre os casais que se separam, quando qualquer criança sabe que quem se dá bem não precisa do Judiciário".<sup>134</sup>

Diante do conteúdo exposto, a complexidade do tema se apresenta e, em que pese a guarda não seja um recente instituto no ordenamento jurídico brasileiro, a sua modalidade compartilhada o é e, portanto, a uniformização acerca do entendimento de sua aplicação quando presente animosidades entre os genitores será paulatinamente construída com base na doutrina, jurisprudência e principalmente na observação dos casos concretos.

#### 4. CONCLUSÃO

A partir da análise do conteúdo apresentado neste trabalho, compreende-se que no passado a guarda era o instrumento empregado para premiar o cônjuge o qual “não deu causa” ao fim do relacionamento.

Atualmente, a partir do desenvolvimento e incorporação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a guarda é utilizada, dentre outras funções, como o instrumento que visa garantir a proteção e o cuidado dos indivíduos menores de idade.

Contudo, sempre houve e ainda há, a preferência pela guarda unilateral materna, como se um direito natural fosse; um extinto materno existisse e o

---

<sup>134</sup> DUARTE, Fernando. *O que faz a guarda compartilhada ainda ser um tabu no Judiciário brasileiro*, 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37632285>>. Acesso em 31 de out. 2016.



melhor interesse da criança e do adolescente sempre fosse atendido nesta modalidade.

O poder familiar é conferido aos genitores e prevê diversos direitos e deveres a estes em face da criança e do adolescente, não admitindo-se o seu afastamento em razão da inexistência de conjugalidade. Contudo, mesmo diante dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar, quando ausente a conjugalidade, parece aquele ser insuficiente aos genitores não guardiões para participarem de maneira concreta na criação de seus filhos.

Dessa maneira, o resultado que se atinge é uma parentalidade efetivamente exercida por apenas um dos genitores enquanto o outro permanece na posição de visitante, fiscalizador e colaborador de alimentos.

A fim de buscar a inversão desse quadro, o legislador opta pela guarda em sua modalidade compartilhada como instrumento para atingir a biparentalidade efetiva. No primeiro momento a atuação legislativa aparece de maneira mais tímida, com a Lei 11.698 de 2008, ao indicar a guarda compartilhada como a modalidade a ser preferencial aplicada. Posteriormente, a partir da Lei 130588 de 2014, o legislador apresenta a referida categoria como regra, devendo ser afastada somente quando um dos genitores não está apto ao exercício da guarda ou declara não a desejar.

A guarda compartilhada é a modalidade que requer a decisão conjunta dos genitores acerca das questões relevantes para a criança e o adolescente. Ainda, preceitua o convívio do filho de maneira equânime com ambos os genitores, sem acarretar na modalidade de guarda alterna ou afastar a prestação de alimentos.

A aplicação da guarda compartilhada, quando não há conjugalidade entre os genitores, já é regra em diversos países ocidentais e demonstra, na realidade de cada nação, ser a mais adequada para atingir a biparentalidade e consequentemente o melhor interesse da criança e do adolescente.

Contudo, os objetivos almejados pela guarda compartilhada podem ser alcançados por meio do estímulo ao exercício do poder familiar de maneira efetiva, na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro prevê a

manutenção do poder familiar mesmo quando ausente a conjugalidade e ainda considerando sua função de orientar, proteger e sustentar o ser em desenvolvimento.<sup>135</sup>

Dessa maneira, restou demonstrada a incorporação, pelo ordenamento jurídico pátrio, da guarda compartilhada advinda de outros países em que as realidades jurídicas são outras, em especial a francesa, na qual o poder familiar não é conservado quando ausente a conjugalidade.<sup>136</sup>

Conforme mencionado, a guarda compartilhada como regra no ordenamento jurídico brasileiro foi escolha do legislador pois, ao invés desta, poderia ter optado por estimular o efetivo exercício do poder familiar vez que ocorre a manutenção deste mesmo diante da ausência de conjugalidade.

A referida modalidade de guarda, parece, na verdade, ser o instrumento psicológico à impulsionar ambos os genitores a participarem na criação do filho, no âmbito da sua educação, saúde, necessidades psíquicas e materiais etc. e assim atingir a biparentalidade efetiva.

Uma vez apresentada como a escolha do legislador face ao problema da ausência da biparentalidade efetiva quando ausente a conjugalidade, somente sua previsão formal e a determinação do magistrado neste sentido não são capazes de concretizar a biparentalidade. Dessa maneira, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) demonstra sua percepção acerca deste ponto e orienta aos Tribunais na implementação das oficinas de parentalidade. Dessa maneira, é buscado orientar os genitores acerca do modo como a guarda compartilhada deve ser exercida e não restar a nova legislação em sua aplicação apenas formal.

A dúvida dos operadores do Direito, e também dos demais sujeitos, paira sobre a aplicação da guarda compartilhada quando presente desavenças entre os genitores. A análise dos julgados que abordam o referido tema transpassa a falta de consenso no Superior Tribunal de Justiça, contudo, dos

---

<sup>135</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 233.

<sup>136</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 227.

três julgados analisados, dois indicaram o entendimento no sentido da guarda compartilhada dever ser aplicada mesmo existindo desentendimento entre os genitores, os quais precisarão compreender e exercer seus papéis como pai e mãe, ressalvada a presença de violência de qualquer espécie entre eles ou entre o genitor e o filho.

Diante o conteúdo exposto, cabe a observação atenta da aplicação da nova legislação vigente, apresentada como opção pelo legislador, a fim de que aquela seja constantemente lapidada e seu objetivo alcançado.

## 5. REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda compartilhada: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a Lei 11.698/2008, Revista Iob de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, jan./fev. 2009

BARROSO, Ricardo G.; MACHADO, Carla. *Fundamentos da família como promotora do desenvolvimento infantil - parentalidade em foco*, 2015. Disponível em: <[http://issuu.com/fmcsv/docs/fundamentos\\_fam\\_\\_lia/19?e=3034920/30526136](http://issuu.com/fmcsv/docs/fundamentos_fam__lia/19?e=3034920/30526136)>.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

BRASIL, Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>.

BRASIL, Lei 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>.

BRASIL, Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)>.

BRASIL, Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>.

BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>.

BRASIL, Lei 11.698, de 13 de junho de 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm)>.

BRASIL, Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm)>.

BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Descumprimento de visitação e a questão penal. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, n. 8, jan/mar 2001.

BRITO, Leila Maria Torraca. Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Hey, 2004.

CARBONERA, Silvana Maria. Aspectos históricos e socioantropológicos da família brasileira: passagem da família tradicional para a família instrumental esolidarista. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). Direito das famílias por juristas brasileiras. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRUZ, Orlanda. *Parentalidade*, Coimbra: Quarteto, 2005.

DUARTE, Fernando. O que faz a guarda compartilhada ainda ser um tabu no Judiciário brasileiro, 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37632285>>.

ESTADOS UNIDOS, Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act (1997). Disponível em: <<http://www.familylaw.org/uccja.htm>>.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil comentado: direito de família, casamento: arts. 1511 a 1590, vol. XV*. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANÇA, Código Civil. Disponível em: <  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>.

FREIRE, Tatiane. Oficina online de parentalidade recebeu 2.444 inscrições desde novembro. Disponível em:  
 <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/noticias/cnj/81249-oficina-online-de-parentalidade-recebeu-2-444-inscricoes-desde-novembro>>.

FONTES, Simone Roberta. *Guarda compartilhada doutrina e prática*. São Paulo: Pensamentos & Letras, 2009.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HOGHUGH, M. *Parenting: introduction*. In M. Hoghugh & N. Long (Eds), *Handbook of parenting: theory and research for practice*. London: Sage, 2004.

LEITE, Eduardo Oliveira. *Direito Civil aplicado – Direito de Família*. Vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais. A situação de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e os filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. *Guarda e Convivência dos Filhos Após a Lei nº 11.698/2008*. Disponível em <<http://www.saiddias.com.br/imagens/artigos/15.pdf>>.

MADALENO, Rolf. *Guarda compartilhada*. Porto Alegre: IBDFAM/RS, Letra e Vida, 2012.

MADALENO, Rolf. *Novos horizontes no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de. Guarda compartilhada e condição feminina: limites e possibilidades para a democratização dos papéis econômico e afetivo. v. 19, n. 3, Fortaleza: Pensar, 2014.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda compartilhada: uma solução possível. São Paulo: Revista Literária de Direito, 1996, n. 9.

NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: BARRETO, Vicente (Coord.). A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. São Paulo: Saraiva, 2ª Ed. 2012.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. Belo Horizonte: Del Hey, 2000.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. Direitos humanos das mulheres: família e violência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). Direito das famílias por juristas brasileiras. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIRES, Ana Sofia Rodrigues. Estudo da conjugalidade e da parentalidade através da satisfação conjugal e da aliança parental. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2008.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Guarda Compartilhada – de acordo com a Lei 11698/08. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROSA, Conrado Paulino da. Nova Lei da Guarda Compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Evandro Luiz. Os efeitos do tipo de guarda, compartilhada ou exclusiva – legal ou de fato – na dinâmica da criança: estudos de casos. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003.

SILVA, Marcos Alves da. Do Pátrio Poder à Autoridade Parental – Repensando Fundamentos Jurídicos da Relação entre Pais e Filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOLDÁ, Angela Maria; OLTRAMARI, Vitor Hugo. Mediação familiar: tentativa de efetivação da guarda compartilhada e do princípio do melhor interesse da criança. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, Magister, v. 29, ago./set. 2012.

SOUSA, Júlio Emílio Pereira de - As famílias como projectos de vida: O desenvolvimento de competências resilientes na conjugalidade e na parentalidade. Saber(e)Educar. Porto: ESE de Paula Frassinetti. nº11, 2006.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil: Direito de Família, v. 05. São Paulo: Editora Método, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, guarda e autoridade parental. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. O direito das famílias entre a norma e a realidade. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e da autoridade parental na ordem civil-constitucional. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca8.pdf>>.